STRATEGIC ISSUES SERIES

rp02-7e

ENRICHING CONSTITUTIONAL DIALOGUE: Viewing Parliament's Role as Both Proactive and Reactive

Janet L. Hiebert
Associate Professor
Department of Political Studies
Queen's University

Research and
Statistics Division

2000

104-06205/

The views in this discussion paper are those of the author and do not represent the views or positions of the Department of Justice, Canada. The paper was commissioned as an opinion piece to stimulate research and discussion.

Strategic Issues Series

The Research Papers included in the Strategic Issues series generally have been prepared for the Statistics and Environmental Analysis Unit of the Research and Statistics Division (RSD). This series is part of the Research and Statistics Division's efforts to look ahead and to scan the environment to provide contextual facts and perspectives on a wide range of social and economic issues. Topics covered include: the policy challenges of bio-technology and genetics; speculation on markets for crime and a proposed typology for understanding crime; the impacts on children of divorce and separation; globalization; and global governance of the Internet.

The papers that will be included are thought-provoking. In general they have been written by academics whose commission instructed them to be wide-ranging in their critique of current practices and provocative in their suggestions for new approaches.

Discussion papers and think pieces in this section of the RSD library have already stimulated discussion for exercises such as: new mandate planning, strategic policy planning by senior executives or as backgrounders for research planning. It is our intention to offer them here so that they now can contribute to wider discussion among researchers and policy-makers.

For further information, please contact

Valerie Howe, Senior Research Officer
Telephone: (613) 957-9597, E-mail: vhowe@justice.gc.ca

Biography

Janet Hiebert is an Associate Professor in the Department of Political Studies at Queen's University. She is author of *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review* (1996: McGill Queen's University Press), co-editor of *Canada: The State of the Federation* (1994), editor of *Political Ethics* (1991), and author of numerous papers and chapters on the politics of rights. She has a research interest in the role of the Charter of Rights and Freedoms on governing in Canada.

1.0 The Dialogue Model

One explanation of the Charter's influence – that it facilitates parliamentary/judicial dialogue - has gained rapid acceptance by legal commentators and Supreme Court judges. This explanation was first put forth by Peter Hogg and Allison Bushell in the 1997 article "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures: (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)." [1]

> *... (J)udicial concerns tend to focus on the reasonableness of the legislative means used to pursue legislative objectives. Further, the structure of the Charter ... (and) judicial review provide parliament the opportunity to revise legislation to respond to judicial concerns.*

According to this dialogue model, the Charter need not frustrate legislative agendas. This is because the Supreme Court rarely rules that a legislative objective itself is inconsistent with the Charter. Instead, judicial concerns tend to focus on the reasonableness of the legislative means used to pursue legislative objectives. Further, the structure of the Charter is said to be conducive to dialogue; in particular ss. 1 and 33 and clause-based references to reasonableness. Together, the structure and method of judicial review provide parliament the opportunity to revise legislation to respond to judicial concerns. Thus, parliament is not impeded from pursuing its legislative initiatives; it simply has to give more sensitivity and thought to how it proposes to accomplish them. This view, then, suggests that the Charter will facilitate healthy constitutional dialogue between parliament and courts.

> *The discussion paper will argue that the concept of inter-institutional dialogue is potentially far richer than is portrayed by Hogg/Bushell. Their characterization of parliament's role understates the contribution that parliament does, and can, make to dialogue.*

The notion of constitutional dialogue represents an attractive ideal for viewing the parliamentary/judicial relationship. A principal virtue is that it avoids institutional stalemates and reconciles tensions between judicial review and democratic principles.

---

[1] Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, The Charter dialogue between courts and legislatures (or Perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all), (1997, Spring), 35(1), *Osgoode Hall Law Journal*, 75-124.

The discussion paper will argue that the concept of inter-institutional dialogue is potentially far richer than is portrayed by Hogg/Bushell. Their characterization of parliament's role understates the contribution that parliament does, and can, make to dialogue. The paper will also argue that meaningful dialogue does not preclude parliament from disagreeing with judicial interpretations of the Charter.

1.1 Who initiates dialogue?

A core claim in the Hogg/Bushell dialogue explanation is that judicial review is not a veto over the politics of the nation, but "...the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole."[2]

Clearly, the judiciary plays an essential role in any dialogue. By defining the scope of rights, courts help to establish their parameters as well as the constitutional limits of state powers. However, an important assumption in this explanation, that dialogue begins with judicial review, needs to be re-examined.

The point of focussing on this claim is to ask two questions: Is the judiciary the only institution that can legitimately initiate dialogue? And, what role does and should parliament play in generating constitutional dialogue around the meaning, or reconciliation, of rights?

Although Hogg and Bushell do not develop in depth their argument about what constitutes dialogue, in essence they interpret parliament's contribution to dialogue as primarily reactive: parliament either addresses judicial concerns or deliberately overrides them. Parliament has, according to their model, the following methods of engaging in dialogue:

1) Parliament can revise legislation to satisfy section 1 concerns (unless the Court, in a rare move, actually rules that the legislative objective is not pressing and substantial and therefore is not worthy of being saved);
2) Parliament can respond through inaction, by pursuing no legislative response if the Court nullifies legislation;
3) Parliament can specifically disagree with the Court by enacting the controversial override clause (where it applies).

But in the first two of these responses, parliament is not a significant partner in dialogue. Granted, the government in Charter litigation may try to influence the Court in its arguments about why parliament's legislation is justified. But parliament is not seen as anything more than a junior partner in constitutional dialogue. Its role is largely to react to judicial decisions. Thus, in light of how parliament's role is

[2] Ibid. at p. 105.

conceived, it is not surprising that critics of the Hogg/Bushell portrayal of dialogue argue that what is being advocated is not dialogue but monologue (judicial rather parliamentary). As Ted Morton argues, "[o]beying [judicial] orders is not exactly what most of us consider a dialogue."[3]

Moreover, if parliament were to play a more active role, by enacting the override and thereby insisting on the primacy of its legislation, this would represent a contribution to dialogue that many consider undesirable or unlikely. This raises a central criticism that some have of the dialogue model. Charter skeptics argue that proponents of dialogue have a self-serving view of dialogue. On the one hand they portray the legislative override as an essential element of this dialogue model. Yet, on the other hand, they treat the override as a form of dialogue that will be generally dormant. This leads Charter skeptics to question whether those who champion this explanation of how the Charter works would still be as enthusiastic if the override were used more often. It seems unlikely that many dialogue proponents would embrace Morton's view of what constitutes full and robust dialogue. From his perspective, parliament should actively use the override, as its contribution to dialogue, whenever it disagrees with judicial rulings.[4]

While parliament may be required to react to judicial decisions, its contribution to Charter dialogue should also reflect its obligation to ensure that legislation, when first enacted and before being subject to judicial review, is considered by parliament to be consistent with and justified under the Charter.

2.0 The Argument

This paper is arguing that to conceive of parliament's role in dialogue, almost exclusively in reactive terms, represents an under-nourished view of dialogue.

While parliament may be required to react to judicial decisions, its contribution to Charter dialogue should also reflect its obligation to ensure that legislation, when first enacted and before being subject to judicial review, is considered by parliament to be consistent with and justified under the Charter. The emphasis is on proactive rather than reactive responses to the Charter. In this sense, parliament's role will be to initiate dialogue and/or seek to influence existing dialogue when it believes that an alternative interpretation of the Charter is appropriate.

---

[3] F.L. Morton, "Dialogue or monologue?", (1999, April). *Policy Options*, p. 23.

[4] Interpretation of Ted Morton's discussion at IRPP round table, at "Guiding the Rule of Law into the 21st Century", University of Ottawa, April 15-17 1999.

Rather than assume that courts speak and parliament reacts, it would be more appropriate to conceive of dialogue in terms of parliament and courts sharing responsibility for interpreting the Charter. Too often political and academic commentators assume that the Charter's guidance for policy conflicts is a matter for judges alone to determine.

In light of the subjective and philosophical nature of the task of interpreting how these normative values of the Charter should constrain or influence state actions, this should not be construed exclusively as a legal exercise. There is little reason to presume that judges are the only institutional actors whose opinions are legitimate or whose voices are authoritative when interpreting and resolving conflicts around rights.

Thus, the Charter can be envisaged as facilitating an ongoing and multi-layered constitutional dialogue. A dialogue-inspired view of the Charter need not accept the view that a single or correct answer always exists for a principled resolution of rights conflicts or that this answer need be derived exclusively from courts. Rather, it should accept the proposition that a range of acceptable answers for rights conflicts may exist and view their resolution as a joint responsibility of parliament and courts. While differences of opinion may exist, the parties should engage in dialogue to explain their assumptions and concerns, to try to convince the other party of the justification for their views, and to reflect upon the others' reasoned judgement. Dialogue should not be viewed as static but as dynamic. Both judicial and parliamentary views may change, in reflection of the concerns and assumptions of the other. After all, dialogue presumes listening to the other parties' concerns. It is not simply about acting on orders or disagreeing with those orders. Dialogue is fluid and ongoing.

A dialogue-inspired view of the Charter need not accept the view that a single or correct answer always exists for a principled resolution of rights conflicts or that this answer need be derived exclusively from courts.

2.1 Legislation not beginning from a position of Charter ignorance

One reason for not assuming that courts initiate Charter dialogue is that it might lead to a false impression that the initial legislative decisions have not been influenced by Charter considerations.

The common interest of Canadian provincial and federal governments to consider Charter concerns before bills are introduced into parliament has increased the role in the policy process of the Departments of Justice and Attorneys General and their legal advisors. The processes adopted by provincial and federal governments for evaluating bills from a Charter perspective share important similarities. Many jurisdictions use

various forms of risk analysis (defined in terms of the level of risk associated with a policy in terms of possible judicial nullification) and encourage departments to articulate the reasons for pursuing a legislative objective and to identify alternative, less restrictive policy means where the associated risk is too high. A common view is the importance of consulting with other departments as early as possible in the policy process. This is beneficial because it makes it easier to identify problematic aspects of proposed legislation and to identify alternative means that will more likely survive a Charter challenge. Early assessment also makes it easier to revise the proposed legislation with less disruption to the likely attainment of policy goals.

2.2 Parliament initiating dialogue

In an important sense parliament initiates Charter dialogue, or attempts to change the tone or direction of an earlier one, whenever it consciously and deliberately adopts legislation that deviates significantly from relevant majority Supreme Court judgements and where parliament has satisfied itself that its view is defensible and justified under the Charter.

> *Parliament's response should be understood as its normative opinion about how the Charter should be interpreted in these particular contexts. Parliament, in other words, is deliberately and consciously initiating dialogue in the hope of establishing an alternative legal / constitutional paradigm to govern sexual assault trials under the Charter.*

Take, for example, the following federal legislative enactments: Bill C-49 (rape shield); Bill C-46 (access to medical records); and Bill C-72 (the response to the *Daviault* decision). These legislative enactments, and the judicial rulings that preceded them, reveal that the federal Parliament and a majority of the Supreme Court have substantive differences with regard to how the Charter should apply to sexual assault offences. Although in each case parliament has responded to judicial rulings that have either struck down legislation or changed a common law rule, it is misleading to view parliament's response as fitting the Hogg/Bushell portrayal of parliament's contribution to dialogue: of reacting to the Court's definition of the Charter problem by "fine tuning" earlier legislation to satisfy s.1 objections.

Instead, Parliament has actively promoted an alternative view about how the Charter should apply in the context of sexual assault. This alternative view starts from the proposition that the relevant Charter rights are not confined to one rights stakeholder, the accused, as initially characterized by the Court in *R. v. Seaboyer*. Instead, it views

the issue as involving plural Charter rights-holders, the accused and victims of sexual assault. Thus, parliament has promoted the view that the right to a fair trial must exist along side of women's and children's rights to equality, privacy, and security of the person.

Just as parliament's actions are not characterized as simply falling into line, by satisfying the Court's specific s.1 concerns, they are also not characterized by disagreement about the sanctity of Charter values. Parliament's response should be understood as its normative opinion about how the Charter should be interpreted in these particular contexts. Parliament, in other words, is deliberately and consciously initiating dialogue in the hope of establishing an alternative legal/constitutional paradigm to govern sexual assault trials under the Charter.

Parliament's awareness of its role in constitutional dialogue is indicated by the increased reliance on legislative preambles, often used to state its philosophy and reasoning in relation to the legislation. However, a preamble might be even more valuable if incorporated into body of the legislation where it would serve as a permanent reminder of the concerns and assumptions that animated the legislative decision. Otherwise, preambles risk being forgotten in the day-to-day interpretation of the law.

This use of a legislative preamble is beneficial should the legislation be subject to Charter challenge. It will form an important element in a subsequent dialogue about reasonableness and justification. What is attractive about the use of the legislative preamble is that it makes explicit the concerns and intents animating legislative decisions and leaves less room for courts to ascribe objectives to parliament. This statement of objective and principle represents a more honest and forthright way of attempting to justify a legislative objective than relying on government lawyers to speculate, after the fact, about the reasons behind a legislative decision.

Equally important, from the perspective of dialogue, a preamble is often intended to educate courts about parliament's reasons for preferring an alternative interpretation of the Charter (in this context, by challenging judicial assumptions about the way sexual assault trials are viewed because of parliament's concerns of an unfair and gendered interpretation of the law that harms victims who are predominately women).

2.3 Dialogue around Section 1

The most important place where parliamentary/judicial dialogue is expected to take place is around section 1. It is argued that since the Court rarely concludes that a legislative objective is not "pressing and substantial", parliament has ample opportunity to revise legislation to correspond to judicial concerns. However, at times the distinction between means and ends is problematic. The Court may rule that the policy means were too extreme. But if there isn't a practical way of attaining the policy

objective, it may make little difference that the objective was deemed to be worthwhile. Hogg/Bushell do not give adequate attention to the possibility that the real choice facing parliament may be to choose between accepting a judicial decision, that does not improve legislation but results in less effective policy, or to explicitly disagree with the Court, via the override.

A good example of the potential problem with this distinction can be seen in the context of election finance laws; particularly the issue of restrictions on election expenditures for non-candidates. Low spending restrictions for individuals and interest groups are necessary if the integrity of candidate/party spending limits is to be maintained and if the normative goal of fairness is to be preserved. However, even if the judiciary concludes that the legislative objective is pressing and substantial, its decision that the spending limits impose too severe a restriction on speech may be fatal to successful pursuit of the objective. This is because it may be difficult to design alternative means that would still achieve the objective. In short, not all legislation is necessarily amenable to "fine tuning" because it may not always be possible to identify alternative policy means that will be effective and practical and, at the same time, impose a less intrusive infringement on a protected right.

3.0 Are judicial suggestions necessarily helpful?

The Supreme Court often raises important principles that result in salutary changes to legislation, particularly where these address unwarranted distinctions or unintended consequences.

To evaluate the reasonableness of how policy objectives are translated into legislation involves skills that are quite different from those provided by legal training. It is, in essence, a task akin to policy. Policy making, by its very nature, is a process where those responsible often must address multiple objectives, make distinctions about who will benefit or be affected, and anticipate circumstances that may undermine or influence the realization of objectives.

However, the Court's reluctance to rule that a legislative objective is not pressing and substantial, and therefore does not warrant Charter accommodation, means that substantial focus is on that aspect of judicial review which poses the most difficulty for judges. To evaluate the reasonableness of how policy objectives are translated into legislation involves skills that are quite different from those provided by legal training. It is, in essence, a task akin to policy. Policy making, by its very nature, is a process where those responsible often must address multiple objectives, make distinctions

about who will benefit or be affected, and anticipate circumstances that may undermine or influence the realization of objectives. It is necessarily subject to discretionary judgments based on a combination of relevant expertise, comparative experience and informed best estimates.[5]

The Court often has shown appreciation for the complexity of policy development when determining whether legislation has been carefully enough designed, especially where the evaluation of conflicting social science data is required.

However, this is not always the case as was evident in *RJR MacDonald*. A majority of the Court rejected parliament's choice of legislative means for failing the proportionality criteria and offered, instead, an alternative legislative strategy. Yet the issue of how best to discourage tobacco consumption is not at all relevant to judicial expertise. It involves policy analysis, more properly undertaken by those with expertise in marketing research, behavioural and health studies.

Less than a year after the Court's decision, the federal government introduced new legislation (Bill C-71) with similar purposes but different legislative means. What is significant about the new legislation was the centrality of the majority's suggestion that a restriction on lifestyle advertising would be a more reasonable way to pursue the legislative objective.

Parliament's willingness to revise the legislation has been suggested as a good example of Charter dialogue at work and, as a result, culminated in better, more sensitive legislation.

However, from a policy perspective, the prudence of framing this policy around the majority's suggestion is questionable. Critics argue that little if any empirical or social science evidence indicates that restrictions on lifestyle advertising will influence tobacco consumption. They also suggest that the revised legislation will not only be less effective than the previous legislation but amounts to little more than cosmetic measures to give the appearance that the government is doing something effective.

The question that arises is: Should parliament be more discriminating about whether and how to incorporate judicial suggestions that are made in the context of complex social policy choices for which the Court may not have much background?

If a renewed legislative initiative is designed to correspond to a judicial suggestion about complex policy options, it is entirely possible that what will be forsaken is more appropriate guidance that draws upon previous trials and errors, comparative experiences and informed best estimates. A consequence may be impractical or less effective legislation in which the purported benefits of this version of constitutional dialogue become suspect.

[5] This argument is developed more fully by the author in chapter 4 of *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*. McGill-Queen's University Press, 1996.

3.1 Can risk assessment be given too much emphasis?

Arguably, parliament's revised legislation to restrict tobacco advertising is one example where parliament, the executive, and/or its legal advisors were unduly influenced by aversion to Charter risk.

Tobacco advertising does not constitute a compelling social or political value and is hardly the kind of circumstance intended to be protected by a bill of rights.[6]

Parliament accepted the Court's suggestion about how to frame subsequent legislation, even though this suggestion had little to do with judicial expertise. This approach was preferred to overtly challenging the judicial decision by enacting more comprehensive measures that, if unsuccessful before the Court, may have required the controversial enactment of the legislative override.

An alternative and more comprehensive legislative scheme would certainly have required careful documentation to demonstrate why parliament was not following the Court's suggested approach. It would have benefited from a preamble stating the policy reasons for the choice of legislative means. It would also have required very careful argument by government litigators, and the introduction of as much supporting evidence as possible to support the choice of more comprehensive legislative means. It is by no means certain that the government would succeed in defending the legislation. Yet judicial defeat would not have been inevitable, particularly in light of the changing composition of the Court and given the dissenting judges' strong expression of concern about the dangers of the Court substituting its opinion for that of parliament on these kinds of issues. Had this version of revised legislation again been nullified, considerable public support would likely have rallied around proposals to enact the override.

4.0 Does dialogue embrace the override?

This aspect of the dialogue model is its most controversial element. Dialogue does not presume consensus. Nevertheless, as was suggested earlier, it remains to be seen whether the dialogue model will be viewed as favourably if parliament starts disagreeing with judicial decisions by enacting the override.

In the past year or two, public and political criticisms of judicial decisions indicate that there is less reluctance to publicly contemplate use of the override, particularly after controversial rulings. Alberta Premier Ralph Klein has acknowledge the possibility of using the override in the context of responding to judicial decisions about sexual orientation. The Reform Party has advocated a federal parliamentary committee to

[6] In light of the marginal nature of the speech claim in *RJR MacDonald*, it is unfortunate that government litigators conceded the speech issue without arguing that tobacco advertising is far removed from the reasons why the Court considered speech to be so important, as discussed in *Irwin Toy*.

review all negative judicial decisions, of which recommendations to use the override would be a central consideration. This willingness of political leaders to talk frankly and publicly about the possibility of responding to judicial rulings via the override indicate that it is far too soon to conclude that use of the override will remain such a dormant issue in Canadian political life.

From the perspective of providing Charter advice, this increased political discussion of the override raises these questions: Should government lawyers refer to the override in their risk assessment of policy? And, if so, should they develop guidelines to address the circumstances under which its consideration should become part of the Charter advice given?

At present, the jurisdictions vary in their reticence or willingness to discuss the override in the context of risk assessments. Federal justice lawyers are particularly reluctant to address the override and view it largely as a political issue. However, some of their provincial counterparts consider the override as part of the range of constitutional policy options and, therefore, an issue they are willing to discuss with their clients.

A different issue for consideration is whether the Departments of Justice or Attorneys General should take any part in facilitating public discussion around the override. This may become particularly important if a government is seriously considering its use. At some point in the political evolution of the Charter, it will be worthwhile to encourage a more reasoned public and political understanding of the override than is reflected in the two polar views that currently exist: i) that the override is fundamentally inappropriate, or alternatively ii) it is a democratic tool that should be readily available for parliament whenever it disagrees with a judicial ruling.

5.0 Is reliance on Charter analysis on behalf of the government sufficient? Problems with lack of transparency

> *An important first element in any eventual parliamentary/judicial dialogue is the Charter analysis undertaken on behalf of the government.*

An important first element in any eventual parliamentary/judicial dialogue is the Charter analysis undertaken on behalf of the government. The practice of executive-based Charter scrutiny at both levels of government is important for responsible governance, to ensure that government introduces legislation that it considers to be constitutionally legitimate. For public officials in departments and agencies and ministers who bear ultimate accountability, it provides necessary advice about specific

legal difficulties that can be anticipated and enables ministers to revisit policy objectives, assess alternative means, and ultimately make more responsible decisions about whether to recommend that legislation be introduced.

This reliance on executive based scrutiny, however valuable to the policy process and important from government's perspective, is nevertheless vulnerable to criticisms that arise from its lack of transparency. Specifically, it is vulnerable to questions of uncertainty, in terms of the degree of rigour to which Charter concerns have been addressed, and to questions about political accountability.

A difficulty both courts and parliament incur when assessing the reasonableness of legislation or bills is that beyond cabinet and the departments involved, little is known about what role federal and provincial government lawyers play, the nature of their advice, or its influence on legislative decisions. Consequently, neither courts, nor parliament nor the public have knowledge of the assumptions or considerations about the Charter that have affected political decision making.

Parliamentarians have objected to the lack of information to explain the rationale for legislative choices that conflict with protected rights, either in terms of why legislation that restricts Charter rights is warranted or whether it has designed in a way that is justifiable. Often parliamentary committees studying legislation have requested, without success, to gain access to reports or assessments done for the government that explain the Charter concerns and whether and how these have influenced the proposed legislation. These committees have expressed the opinion that this absence of information compromises their ability to perform their parliamentary duty to assess the legal and constitutional ramifications of proposed legislation.

Judges are placed in a particularly difficult position. Often, relevant data may be lacking to justify a legislative decision. In these circumstances, judges are largely dependent upon assurances of reasonableness or justification that may be made by the government through its Charter litigators. Often Departments of Justice or the Attorney General have consciously sought to construct a public record at the time of consideration of a bill, which can later be relied upon if legislation is challenged. However, this is not an adequate substitute for a transparent parliamentary debate showing how Charter issues were addressed specifically and where the terms and reasons for legislation were debated explicitly within a Charter context.

The Supreme Court has, on occasion, expressed unease with the lack of information at its disposal to evaluate the justification and reasonableness of legislation. A telling incident of the implications of this judicial unease was *RJR MacDonald*. The majority was critical of the use in the legislation of a ban on all advertising and promotion, particularly in light of the government's failure to introduce evidence about the utility of less intrusive measures despite its knowing of relevant studies. This failure to

introduce evidence to support its ban on advertising led to the majority's conjecture "that the results of the studies must undercut the government's claim that a less invasive ban would not have produced an equally salutary result."[7]

If parliament were to receive a summary of the kind of risk assessment undertaken for the government, this would go a long way towards addressing both its and the judiciary's concerns. Although governments may not wish to share confidential information, there is little reason for denying parliament basic information that addresses relevant Charter issues, such as: what is the harm or social concern that the legislation is intended to address and why are alternative, and less restrictive measures, not being utilized? This would help focus parliament's attention on the Charter dimensions of policy and facilitate a more transparent and public debate about the justification of legislation, on Charter grounds, which will be an important source of information for judges when reviewing legislation.

5.1 Changes to the Common Law: Another venue for dialogue

The dialogue model of the Charter focuses on legislation as the principal locus for dialogue. However, another important venue for dialogue is the common law; specifically changes to common law rules that are inspired by the Charter and which have significant implications for policy. Good examples arise in *R.* v *Daviault* and *R.* v. *Feeney*.

> *This lack of governmental input at this stage of the dialogue can be troublesome. It means that the political component of the dialogue can only occur after the fact, by which time the judicial decision may already have had a significant effect on legal policy.*

Changes to common law principles pose interesting questions for the relationship between courts and parliament. The Court has stated that as custodians of the common law deference is not owed to parliament. Courts are simply changing judge made laws; the implication being that since the legislature has not spoken by codifying these rules, courts are not interfering with the will of parliament.

But this claim raises important issues for the model of parliamentary/judicial dialogue. Parliament is not a disinterested party to changes in common law rules. Parliament may not have provided a statutory basis to a common law rule precisely because it supports the assumptions and values that underlie this rule. Thus, parliamentary

[7] *RJR MacDonald Inc. v. Canada* [1995] 3 S.C.R. 199 at pp. 344-345.

inaction does not reflect a lack of interest or concern about the status of these rules. Furthermore, the Court has indicated that when changing the common law rule, judges need not consider whether the old common law rule is reasonable under section 1. In light of the significant policy implications that may arise from changes to a common law rule, the government may have arguments that are relevant to both of these issues: whether the old rule violates the Charter and whether or not it is reasonable.

However, since the Supreme Court does not have an obligation to notify provincial or federal Attorneys General of pending changes to common law rules, government litigators may not have an opportunity to develop Charter arguments or argue section 1 issues in any extensive or detailed manner. This lack of governmental input at this stage of the dialogue can be troublesome. It means that the political component of the dialogue can only occur after the fact, by which time the judicial decision may already have had a significant effect on legal policy. Pending judicial review by the Supreme Court of any parliamentary response, a long period of uncertainty may arise over the constitutional validity of parliament's new legislation, particularly where it is different from the Court's approach, as was the case with Bill C-72 (response to *Daviault*).

The significance of this lack of opportunity to influence judicial changes in the common law was apparent both in *Daviault* and in *Feeney*. In neither case did the federal Attorney General intervene. Yet both decisions were viewed as establishing rules that required a swift parliamentary response. The *Feeney* decision took the federal government by surprise. The Department of Justice had not expected the Court to either find the existing rules unconstitutional or to "read in" the Criminal Code a requirement to obtain a warrant before entering private dwellings. The decision, with its suggestion that police should have a warrant for arrest prior to entering a private dwelling, presented special difficulties for those provinces that required a Crown prosecutor approve of charges. The new Feeney rule would have the effect of delaying, substantially, the ability of police to enter private dwellings.

The timing of the *Feeney* judgement compounded the difficulty of responding to this decision, as it was rendered while parliament was dissolved for a federal election. The Court granted a six-month transition period. Nevertheless, the federal parliamentary response was extremely rushed. After consultations with the provincial and territorial governments and other stakeholders, little time was left for parliamentary deliberation. Both parliamentary committees studying the bill expressed extreme frustration with the limited opportunities and resources available to scrutinize the legislation. Parliamentarians also expressed concern about parliament's lack of opportunity to satisfy itself that the legislation was consistent with the Charter.

Under these circumstances, it is difficult to take seriously the claim that parliament's input to this policy represents meaningful dialogue.

Out of this frustration came a recommendation that the government work with the Court to establish a protocol so that in the future the Court will inform the relevant Attorneys General when significant changes to common law rules are to occur. An alternative suggestion was that parliament consider a process to temporarily exempt

the application of the Court's decision, perhaps by a temporary and short-term application of the override, until parliament has had sufficient opportunity to reflect on legislation before passing it. From parliament's perspective, the dangers of having only days to consider such a complex issue, apart from undermining parliament's role, are that Charter concerns may not be duly addressed and that there may be policy difficulties arising from unexamined and unanticipated consequences.

6.0 Conclusion: Suggestion to improve Parliament's contribution to dialogue

> *If parliament is going to be viewed as a serious partner in constitutional dialogue, it is necessary to make legislative decisions that restrict rights more accountable and the reasoning more transparent.*

Parliament's contribution to dialogue would be enhanced if it viewed itself more self-consciously, and was treated by the executive, as a meaningful partner in dialogue. What follows is a recommendation that will appear in a forthcoming book of mine, which will engage more fully in this debate about dialogue.

If parliament is going to be viewed as a serious partner in constitutional dialogue, it is necessary to make legislative decisions that restrict rights more accountable and the reasoning more transparent. A transparent parliamentary record of debate, where legislative choices are justified specifically on Charter grounds, will provide government litigators a far richer record to draw upon when defending legislation. Furthermore, from more careful parliamentary scrutiny will come more reasonable legislation. From a more conscious and transparent parliamentary Charter debate, the reasonableness of legislative decisions will also become more apparent. For both reasons, courts will have less cause to set aside legislation. Yet if parliament is seemingly cavalier about Charter obligations, the judiciary will have little incentive to defer to parliament's legislative intent. This perception of indifference may arise even in light of extensive behind-the-scenes Charter analysis, because this is not subject to parliamentary, public or judicial purview.

Three possible ways to strengthen the quality of parliament's supervisory role, from the perspective of the Charter, are the following. One is to have the Justice Minister speak to parliament when bills are introduced about the specific Charter concerns associated with the bill and to articulate the rationale, merits and effects of a particular legislative proposal. A second is to have government lawyers or the Minister of Justice/Attorney General produce a document for parliamentary and public consumption that would be based on the kind of risk assessment performed on the government's behalf. This document could be circulated to the relevant committees studying the issue or, if not

applicable, during second reading speeches. A third is to establish a specific parliamentary Charter committee to study those bills that the government designates as raising serious Charter issues. This idea is borrowed in large part from Australia.[8] The object of a Charter Committee would be to focus parliamentary deliberation on whether the legislative objective is warranted, given the seriousness of the rights infringement and the importance of the policy objective and, if so, whether the legislative objective(s) is being pursued in a manner that respects rights as much as is reasonably and practically possible.

[8] For more discussion of this, see I.L. Hiebert, "A hybrid approach to protect rights?" (1998), *Federal Law Review*, 26(1), 115-138. An argument in favour of supplementing Canadian judicial review with Australia's model of parliamentary scrutiny.

SÉRIE SUR LES QUESTIONS STRATÉGIQUES

rp02-7f

L'ENRICHISSEMENT DU DIALOGUE CONSTITUTIONNEL : Voir le rôle du Parlement comme étant à la fois proactif et réactif

Janet L. Hiebert
Professeure agrégée
Département d'études politiques
Université Queen's

Division de la recherche
et de la statistique

2000

Les points de vue exposés dans ce document de travail sont ceux de l'auteur et ne représentent pas les points de vue ou la position du ministère de la Justice du Canada. Ce document a été commandé pour stimuler la recherche et les discussions.

Séries sur les questions stratégiques

Les documents de recherche qu'on trouve dans la série de questions stratégiques ont généralement été rédigés à l'intention de l'Unité d'analyse statistique et contextuelle de la Division de la recherche et de la statistique (DRS). Cette série fait partie des efforts de la Division de la recherche et de la statistique pour aller de l'avant et explorer l'environnement afin de fournir des perspectives et des éléments contextuels portant sur un éventail de questions à portée sociale et économique. Parmi les sujets abordés, on trouve : les défis stratégiques posés par la biotechnologie et la génétique, les hypothèses concernant les nouvelles tendances de crime et la proposition d'une typologie pour comprendre le crime, les effets du divorce et de la séparation sur les enfants, la mondialisation, ainsi que l'administration d'Internet à l'échelle mondiale.

Les documents qui constituent cette série portent à réflexion. En général, ils ont été rédigés par des intellectuels dont la tâche était d'être exhaustifs dans leur critique des pratiques actuelles et provocants dans leurs suggestions de nouvelles approches.

Les documents de discussion et les travaux de réflexion de cette section de la bibliothèque de la DRS ont déjà animé des discussions dans le cadre d'exercices comme la planification d'un nouveau mandat, la planification de politiques stratégiques par des hauts fonctionnaires et ont également servi de document d'information pour planifier des recherches. Nous avons l'intention de les rendre disponibles afin qu'ils puissent désormais contribuer à alimenter la discussion entre les chercheurs et les décideurs.

Pour plus de renseignements, vous pouvez communiquer avec

Valerie Howe, agente principale de recherche
Téléphone : (613) 957-9597, courriel vhowe@justice.gc.ca

Biographie

Janet Hiebert est professeure agrégée du département des études politiques de l'Université Queen's. Elle est l'auteure de *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review* (McGill Queen's University Press, 1996) et a collaboré à la rédaction de *Canada: The State of the Federation* (1994). Elle a également dirigé la rédaction de *Political Ethics* (1991), et est l'auteure de nombreux documents et textes portant sur l'aspect politique des droits, et ses recherches traitent du rôle de la Charte des droits et libertés dans l'administration du Canada.

1.0 Le modèle de dialogue

L'une des explications de l'influence de la *Charte* – la *Charte* faciliterait le dialogue entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire – a été rapidement acceptée par les commentateurs juridiques et les juges de la Cour suprême. Cette explication a été avancée pour la première fois par Peter Hogg et Allison Bushell dans un article paru en 1997 sous le titre « The *Charte*r Dialogue Between Courts and Legislatures: (Or Perhaps the *Charte*r *of Rights* Isn't Such a Bad Thing After All) ».[1]

> *Les préoccupations des juges portent plutôt en général sur le caractère raisonnable ou non des moyens législatifs employés pour atteindre des objectifs législatifs... Ensemble, la structure de la Charte et la méthode du contrôle judiciaire donnent au législateur la possibilité de revoir ses lois pour qu'elles répondent aux préoccupations des juges.*

Selon ce modèle de dialogue, la *Charte* ne contrarie pas forcément les mesures législatives. En effet, la Cour suprême juge rarement qu'un objectif législatif est en lui-même incompatible avec la *Charte*. Les préoccupations des juges portent plutôt en général sur le caractère raisonnable ou non des moyens législatifs employés pour atteindre des objectifs législatifs. D'ailleurs, on dit que la structure de la *Charte* est propice au dialogue; en particulier, ses articles 1 et 33 et ses références à la notion de « caractère raisonnable ». Ensemble, la structure de la *Charte* et la méthode du contrôle judiciaire donnent au législateur la possibilité de revoir ses lois pour qu'elles répondent aux préoccupations des juges. Le législateur n'est donc pas empêché d'aller de l'avant dans ses mesures législatives; il doit simplement accorder plus d'attention et de réflexion à la manière dont il se propose de les mettre en place. Selon ce point de vue donc, la *Charte* facilitera un dialogue constitutionnel sain entre le législateur et les tribunaux.

> *Le document de travail fera valoir que la notion de dialogue inter-institutions est peut-être beaucoup plus riche que ne le donnent à entendre Hogg et Bushell. La manière dont ils caractérisent le rôle du législateur sous-estime la contribution que le législateur apporte, et peut apporter, au dialogue.*

Peter W. Hogg et Allison A. Bushell, « The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't such a Bad Thing After All) », printemps 1997, 35(1), *Osgoode Hall Law Journal*, p. 75-124.

La notion de dialogue constitutionnel offre un idéal attrayant pour la relation entre le législateur et les tribunaux. L'une de ses principales vertus est qu'elle permet d'éviter les impasses institutionnelles et d'apaiser les tensions entre le contrôle judiciaire et les principes démocratiques. Le document de travail fera valoir que la notion de dialogue inter-institutions est peut-être beaucoup plus riche que ne le donnent à entendre Hogg et Bushell. La manière dont ils caractérisent le rôle du législateur sous-estime la contribution que le législateur apporte, et peut apporter, au dialogue. Le document fera également valoir qu'un dialogue véritable n'empêche pas le législateur d'exprimer son désaccord avec les interprétations judiciaires de la *Charte*.

1.1 Qui engage le dialogue ?

Une affirmation centrale de l'explication donnée par Hogg et Bushell à propos de la notion de dialogue est que le contrôle judiciaire n'est pas un veto mis à la politique de la nation, mais « le début d'un dialogue sur la meilleure façon de concilier les valeurs individualistes de la *Charte* avec l'accomplissement de politiques sociales et économiques pour l'avantage de la collectivité tout entière ».[2]

Manifestement, le pouvoir judiciaire joue un rôle essentiel dans tout dialogue. En définissant l'étendue de droits, les tribunaux aident à établir leurs paramètres ainsi que les limites constitutionnelles des pouvoirs de l'État. Cependant, un postulat important de cette explication, selon lequel le dialogue débute avec le contrôle judiciaire, mérite un réexamen.

Si l'on se penche sur cette affirmation, c'est pour poser deux questions : le pouvoir judiciaire est-il la seule institution qui puisse légitimement engager le dialogue ? Ensuite, quel rôle le législateur joue-t-il et quel rôle devrait-il jouer dans l'action d'engager un dialogue constitutionnel portant sur la signification de droits ou la conciliation de droits ?

Même si Hogg et Bushell ne développent pas en profondeur leur argument sur ce qui constitue le dialogue, ils interprètent essentiellement la contribution du législateur au dialogue comme une contribution surtout réactive : le législateur soit répond aux préoccupations des juges, soit y passe outre délibérément. Le législateur dispose, selon leur modèle, des méthodes suivantes pour engager le dialogue :

1) Le législateur peut revoir la loi afin de satisfaire aux conditions de l'article 1 (à moins que, fait plutôt rare, la Cour ne juge finalement que l'objectif législatif n'est pas urgent et réel et qu'il ne mérite donc pas d'être préservé).
2) Le législateur peut répondre par l'inaction, en ne prenant aucune mesure législative si la Cour invalide la loi.
3) le législateur peut explicitement exprimer son désaccord avec la Cour en adoptant (lorsqu'elle s'applique) la clause controversée de dérogation.

[2] *Ibid.*, à la p. 105 (c'est moi qui souligne cet aspect).

Mais, pour ces deux premières réponses, le législateur n'est pas un partenaire important dans le dialogue. Sans doute le gouvernement peut-il, dans un procès faisant intervenir la *Charte*, tenter de faire accepter par la Cour les raisons qui font que la loi qu'il a édictée est justifiée. Mais le législateur n'est considéré comme rien de plus qu'un partenaire secondaire dans le dialogue constitutionnel. Son rôle consiste surtout à réagir aux décisions judiciaires. Vu la manière dont est compris le rôle du législateur, il n'est donc pas surprenant que, pour les critiques du portrait que font du dialogue Hogg et Bushell, ce qui est prôné, ce n'est pas le dialogue, mais le monologue (judiciaire et non parlementaire). Comme l'affirme Ted Morton, « l'obéissance aux décisions [judiciaires] n'est pas exactement ce que la plupart d'entre nous considèrent comme un dialogue ».[3]

D'ailleurs, si le législateur devait jouer un rôle plus actif, en recourant à la clause de dérogation et en affirmant donc la prééminence de sa loi, on serait en présence d'une contribution au dialogue que d'aucuns considèrent peu souhaitable ou peu vraisemblable. Ce point soulève une critique centrale que certains formulent à propos du modèle du dialogue. Ceux que la *Charte* laisse sceptiques soutiennent que les tenants du dialogue considèrent le dialogue d'une manière intéressée. D'une part, ils voient dans la clause de dérogation un élément essentiel de ce modèle de dialogue. Mais, d'autre part, ils traitent la clause de dérogation comme une forme de dialogue qui sera généralement inappliquée. Ceux que la *Charte* rend sceptiques sont donc conduits à se demander si les tenants de cette explication du mode de fonctionnement de la *Charte* resteraient aussi enthousiastes si la clause de dérogation était utilisée plus souvent. Il semble peu probable que de nombreux tenants du dialogue souscriraient à l'idée que se fait Morton de ce qui constitue un dialogue franc et solide. De l'avis de Morton, le législateur devrait, pour sa contribution au dialogue, recourir activement à la clause de dérogation, chaque fois qu'il est en désaccord avec une décision judiciaire.[4]

2.0 Les arguments

Le présent document fera valoir que le fait de concevoir le rôle du législateur dans le dialogue presque uniquement sous un angle réactif représente une vision réductrice du dialogue.

Sans doute le législateur est-il tenu de réagir aux décisions judiciaires, mais sa contribution au dialogue portant sur la *Charte* devrait aussi refléter son obligation de faire en sorte que les lois, au moment où elles sont édictées, et avant d'être soumises au contrôle des tribunaux, soient jugées par le législateur comme des textes conformes à la *Charte* et justifiés au regard de la *Charte*. Ce qui importe, ce sont les réponses proactives plutôt que réactives à la *Charte*. En ce sens, le rôle du législateur sera

[3] F.L. Morton, « Dialogue or Monologue? » *Political Options*, avril 1999, p. 23.
[4] Interprétation de la discussion de Ted Morton à la table ronde de l'IRP, à « Guiding the Rule of Law into the 21st Century », Université d'Ottawa, 15-17 avril 1999.

d'engager le dialogue et/ou de chercher à infléchir le dialogue existant lorsqu'il croit qu'une autre interprétation de la *Charte* est indiquée.

> *Sans doute le législateur est-il tenu de réagir aux décisions judiciaires, mais sa contribution au dialogue portant sur la Charte devrait aussi refléter son obligation de faire en sorte que les lois, au moment où elles sont édictées, et avant d'être soumises au contrôle des tribunaux, soient jugées par le législateur comme des textes conformes à la Charte et justifiés au regard de la Charte.*

Au lieu de présumer que les tribunaux parlent et que le législateur réagit, il serait plus juste de concevoir le dialogue sous l'angle d'un partage de la responsabilité entre le législateur et les tribunaux en ce qui concerne l'interprétation de la *Charte*. Trop souvent, les politologues et autres spécialistes présument qu'il appartient aux seuls juges de préciser le rôle de la *Charte* dans la définition d'orientations stratégiques.

Vu la nature subjective et philosophique de la tâche consistant à interpréter la manière dont ces valeurs normatives de la *Charte* devraient contraindre ou infléchir l'action de l'État, cette tâche ne devrait pas être considérée exclusivement comme un exercice juridique. Il n'y a guère de raison de présumer que les juges sont les seuls acteurs institutionnels dont les opinions soient légitimes ou dont les voix puissent faire autorité lorsqu'il s'agit d'interpréter et de résoudre des conflits se rapportant à des droits.

La *Charte* peut donc être considérée comme un instrument propice à un dialogue constitutionnel permanent et à niveaux multiples. Le fait de voir la *Charte* comme un instrument générateur de dialogue ne veut pas dire qu'une réponse unique ou exacte existe toujours pour la délimitation méthodique de droits antagonistes ou que cette réponse doit venir exclusivement des tribunaux. Une telle manière de voir la *Charte* devrait plutôt reposer sur la proposition selon laquelle il peut exister pour la délimitation de droits antagonistes une diversité de réponses acceptables, et elle devrait considérer cette délimitation comme une responsabilité conjointe du législateur et des tribunaux. Des divergences de vues peuvent exister, mais les parties devraient engager un dialogue afin d'expliquer leurs postulats et leurs préoccupations, de tenter de se convaincre l'une l'autre de la justesse de leurs vues et de réfléchir sur leurs idées respectives. Le dialogue ne devrait pas être considéré comme statique, mais comme dynamique. Les vues du législateur comme celles des tribunaux peuvent se modifier par l'effet des préoccupations et des postulats exprimés de part et d'autre. Après tout, le dialogue suppose une écoute des préoccupations d'autrui. Il ne s'agit pas

simplement de donner suite à des ordres ou d'être en désaccord avec ces ordres. Le dialogue est de nature fluide et continue.

> *Le fait de voir la Charte comme un instrument générateur de dialogue ne veut pas dire qu'une réponse unique ou exacte existe toujours pour la délimitation méthodique de droits antagonistes ou que cette réponse doit venir exclusivement des tribunaux.*

2.1 Les lois ne commencent pas avec une ignorance de la *Charte*

L'une des raisons pour ne pas présumer que ce sont les tribunaux qui engagent le dialogue relatif à la *Charte* est que cette présomption pourrait conduire à l'impression fausse que les mesures législatives initiales n'ont pas été influencées par des considérations liées à la *Charte*.

L'intérêt commun des gouvernements provinciaux et fédéral du Canada à tenir compte de la *Charte* avant que des projets de loi ne soient déposés dans les Assemblées législatives a accru le rôle exercé dans le processus politique par les ministres de la Justice et procureurs généraux et par leurs conseillers juridiques. Les processus adoptés par les gouvernements provinciaux et fédéral pour l'évaluation des projets de loi du point de vue de la *Charte* présentent d'importantes similitudes. Nombre de gouvernements au Canada utilisent diverses formes d'analyse du risque (qui dépendent du niveau de risque associé à telle ou telle politique, compte tenu d'une éventuelle invalidation de la loi par les tribunaux) et encouragent les ministères à énoncer le bien-fondé de la poursuite d'un objectif législatif et à trouver d'autres moyens moins restrictifs lorsque le risque associé à une politique est trop élevé. Une vue commune concerne l'importance de consulter d'autres ministères le plus tôt possible dans le processus politique. Cela est bénéfique parce qu'il est alors plus facile de repérer les aspects problématiques d'un texte législatif proposé et de trouver d'autres moyens plus susceptibles de survivre à une contestation au regard de la *Charte*. Une évaluation dès le début fait qu'il est également plus facile de revoir le projet de texte législatif sans pour autant compromettre les objectifs recherchés.

2.2 Le législateur engage le dialogue

Dans une mesure importante, c'est le législateur qui engage le dialogue relatif à la *Charte*, ou qui tente de modifier le ton ou l'orientation d'un dialogue antérieur, chaque fois qu'il adopte consciemment et délibérément un texte législatif qui s'écarte notablement de tel ou tel arrêt des juges majoritaires de la Cour suprême, et lorsque le législateur s'est persuadé que son point de vue est défendable et qu'il est justifié selon la *Charte*.

Prenons par exemple les textes législatifs fédéraux suivants : Le *Projet de loi C-49* (protection des victimes de viol), le *Projet de loi C-46* (accès aux dossiers médicaux) et le *Projet de loi C-72* (la réponse à l'arrêt *Daviault*). Ces textes législatifs, et les décisions judiciaires qui les ont précédés, révèlent que le Parlement fédéral et la majorité des juges de la Cour suprême voient très différemment la manière dont la *Charte* devrait s'appliquer aux infractions d'agression sexuelle. Dans chaque cas, le législateur a répondu à des décisions judiciaires qui ont soit invalidé une loi soit modifié une règle de *common law*, mais il est trompeur d'affirmer que la réponse du législateur concorde avec la manière dont Hogg et Bushell décrivent la contribution du législateur au dialogue : une contribution consistant à réagir à la définition judiciaire du problème posé par la *Charte*, et cela par une « mise au point » du texte législatif antérieur pour que soient remplis les critères de l'article 1.

Au lieu de cela, le Parlement a défendu activement un autre point de vue sur la manière dont la *Charte* devrait s'appliquer dans le contexte des agressions sexuelles. Cet autre point de vue commence avec la proposition selon laquelle les droits reconnus par la *Charte* ne se limitent pas à un seul titulaire de droits, l'accusé, comme l'avait au départ caractérisé la Cour dans l'arrêt *R.* c. *Seaboyer*. Il considère plutôt que la question fait intervenir une pluralité de titulaires de droits, soit les accusés et les victimes d'agressions sexuelles. Le législateur a donc défendu l'idée que le droit à un procès équitable doit exister parallèlement au droit des femmes et des enfants à l'égalité, à la vie privée et à la sécurité.

La réponse du législateur devrait être comprise comme son opinion normative sur la manière dont la Charte devrait être interprétée dans ces contextes particuliers. En d'autres termes, le législateur engage délibérément et consciemment un dialogue dans l'espoir d'établir un autre paradigme juridique ou constitutionnel régissant, en accord avec la Charte, les procès pour agression sexuelle.

De la même façon que les actions du législateur ne sont pas caractérisées comme des actions tout simplement conformes, par le fait qu'elles répondent aux préoccupations particulières de la Cour sous l'angle de l'article 1, elles ne sont pas non plus caractérisées par un désaccord à propos du caractère sacré des valeurs énoncées dans la *Charte*. La réponse du législateur devrait être comprise comme son opinion normative sur la manière dont la *Charte* devrait être interprétée dans ces contextes particuliers. En d'autres termes, le législateur engage délibérément et consciemment un dialogue dans l'espoir d'établir un autre paradigme juridique ou constitutionnel régissant, en accord avec la *Charte*, les procès pour agression sexuelle.

La conscience qu'a le législateur de son rôle dans le dialogue constitutionnel est révélée par son recours de plus en plus fréquent aux préambules législatifs, dont il se sert souvent pour énoncer sa philosophie et son raisonnement relativement aux textes législatifs concernés. Cependant, un préambule aura peut-être encore plus de valeur s'il est intégré dans le texte de la loi, puisqu'il tiendrait lieu alors de rappel permanent des préoccupations et postulats qui sous-tendent la mesure législative. Autrement, les préambules risquent d'être oubliés dans l'interprétation journalière de la loi.

Ce recours aux préambules législatifs est utile pour le cas où le texte de loi ferait l'objet d'une contestation dans le cadre de la *Charte*. Le préambule constituera un important élément dans un dialogue ultérieur portant sur la légitimité et la justification du texte législatif. Ce qui est intéressant dans le recours aux préambules législatifs, c'est qu'un préambule permet de faire ressortir les préoccupations et les intentions qui animent les décisions du législateur et qu'il laisse moins de latitude aux tribunaux de prêter tel ou tel objectif au législateur. Cet énoncé d'objectifs et de principes constitue une manière plus honnête et plus franche de tenter de justifier un objectif législatif, au lieu de s'en remettre aux avocats du gouvernement pour conjecturer après le fait sur les motivations de la mesure législative.

Aspect également important, un préambule est, sur le plan du dialogue, souvent destiné à informer les tribunaux des raisons pour lesquelles le législateur a préféré une autre interprétation de la *Charte* (en l'occurrence, en contestant les postulats judiciaires sur la manière dont les procès pour agressions sexuelles sont considérés, à cause de préoccupations du législateur engendrées par une interprétation législative inéquitable et sexiste préjudiciable aux victimes, lesquelles sont surtout des femmes).

2.3 Dialogue autour de l'article 1

L'endroit le plus notable où le dialogue entre le législateur et les tribunaux est censé se dérouler est l'article 1. On soutient que, puisque la Cour arrive rarement à la conclusion qu'un objectif législatif n'est pas « urgent et réel », le législateur a toute latitude de revoir ses lois pour qu'elles s'accordent avec les préoccupations des juges. Cependant, la distinction entre moyens et fins est parfois problématique. La Cour peut juger que les moyens employés sont trop extrêmes. Mais s'il n'existe pas un moyen pratique d'atteindre l'objectif, il fera sans doute peu de différence que l'objectif soit jugé digne d'intérêt. Hogg et Bushell n'accordent pas une attention suffisante à la possibilité que le législateur soit tenu de choisir entre l'acceptation d'une décision judiciaire qui n'améliore pas la loi mais conduit à une politique moins efficace, et le désaccord explicite avec cette décision judiciaire, au moyen de la clause de dérogation.

Un bon exemple du problème possible que pose cette distinction concerne les lois sur le financement des élections, en particulier les restrictions imposées sur les dépenses électorales des non-candidats. De faibles restrictions concernant les dépenses des particuliers et des groupes d'intérêt sont nécessaires si l'on veut préserver l'intégrité des limites appliquées aux dépenses des candidats ou des partis et si l'on veut préserver le but normatif qu'est l'équité. Cependant, même si le pouvoir judiciaire arrive à la conclusion que l'objectif législatif est urgent et réel, sa décision selon

laquelle les limites de dépenses imposent une restriction trop sévère à la liberté de parole pourrait bien empêcher que l'objectif soit atteint. La raison de cela, c'est qu'il pourrait être difficile d'imaginer d'autres moyens par lesquels pourrait encore être atteint l'objectif. Bref, ce ne sont pas tous les textes législatifs qui se prêtent nécessairement à une « mise au point », parce qu'il ne sera pas toujours possible de trouver d'autres moyens politiques qui soient efficaces et commodes et qui, simultanément, entraînent un moindre empiètement sur un droit fondamental.

3.0 Les propositions judiciaires sont-elles nécessairement utiles ?

La Cour suprême pose souvent d'importants principes qui conduisent à des changements salutaires de la législation, en particulier lorsque ces principes concernent des distinctions injustifiées ou des conséquences inattendues.

Cependant, l'hésitation de la Cour à dire qu'un objectif législatif n'est pas urgent et réel et donc qu'il ne mérite pas d'être concilié avec la *Charte* signifie qu'une importance est donnée à l'aspect du contrôle judiciaire qui pose le plus de difficultés aux juges. Pour savoir si des objectifs sont ou non adéquatement rendus dans un texte législatif, il faut des aptitudes qui diffèrent nettement de celles qu'offre une formation juridique. C'est par essence une tâche assimilable à celle d'un organe de décision. Par sa nature même, la tâche consistant à déterminer la politique à suivre est un processus dans lequel ceux qui en sont chargés doivent souvent tenir compte d'objectifs multiples, faire des distinctions parmi les bénéficiaires ou les destinataires de cette politique et anticiper les circonstances susceptibles de miner ou de faire dévier les objectifs recherchés. La tâche consistant à déterminer la politique à suivre est nécessairement subordonnée à des jugements de valeur fondés sur une combinaison de connaissances spécialisées, d'expériences comparatives et d'estimations réfléchies.[5]

Pour savoir si des objectifs sont ou non adéquatement rendus dans un texte législatif, il faut des aptitudes qui diffèrent nettement de celles qu'offre une formation juridique. C'est par essence une tâche assimilable à celle d'un organe de décision. Par sa nature même, la tâche consistant à déterminer la politique à suivre est un processus dans lequel ceux qui en sont chargés doivent souvent tenir compte d'objectifs multiples, faire des distinctions parmi les bénéficiaires ou les destinataires de cette politique et anticiper les circonstances susceptibles de miner ou de faire dévier les objectifs recherchés.

[5] Cet argument est développé davantage par l'auteur dans *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, Presses de l'Université McGill-Queen's, 1996, ch. 4.

La Cour montre souvent qu'elle comprend la complexité de cette tâche d'élaboration des politiques lorsqu'elle se demande si tel ou tel texte législatif a été conçu d'une manière suffisamment prudente, en particulier lorsque l'évaluation de données contradictoires des sciences sociales est requise.

Cependant, ce n'est pas toujours le cas comme l'a montré l'arrêt *RJR MacDonald*. Les juges majoritaires de la Cour ont rejeté le choix des moyens législatifs fait par le Parlement parce que ces moyens ne remplissaient pas le critère de proportionnalité, et ils ont plutôt proposé une autre stratégie législative. Or, la question du moyen le plus apte à décourager la consommation de tabac n'intéresse nullement le rôle des tribunaux. Il s'agit d'une analyse décisionnelle, plus adéquatement effectuée par ceux qui sont versés dans les études de marché, dans les études comportementales et dans les études sur la santé.

Moins d'un an après la décision de la Cour, le gouvernement fédéral déposait un nouveau projet de loi (*Projet de loi C-71*), dont les objets étaient semblables, mais dont les moyens législatifs étaient différents. Ce qui est significatif dans le nouveau projet de loi, c'est la prééminence de la proposition des juges de la majorité, proposition selon laquelle des limites à la publicité sociétale seraient un moyen plus raisonnable d'atteindre l'objectif législatif.

L'empressement du Parlement à revoir le projet de loi a été vu comme un bon exemple d'un dialogue actif entourant la *Charte*, qui a donc produit une loi meilleure et mieux adaptée.

Cependant, sur le plan de la politique générale, on peut se demander s'il est prudent de concevoir cette politique autour d'une proposition des juges de la majorité. Les critiques soutiennent que rares, voire inexistants, sont les éléments de preuve tirés de l'expérience ou des sciences sociales qui montrent que des restrictions sur la publicité sociétale auront un effet sur la consommation de tabac. Ils affirment aussi que le nouveau texte législatif non seulement sera moins efficace que le précédent, mais encore ne renferme guère plus que des mesures symboliques donnant l'impression que le gouvernement fait quelque chose d'efficace.

La question qui se pose est la suivante : Le législateur devrait-il se montrer plus circonspect quant à l'opportunité et à la manière d'adopter des propositions judiciaires faites dans le contexte de choix complexes de politique sociale à propos desquels la Cour n'est pas nécessairement très informée ?

Si une mesure législative renouvelée est conçue de manière à satisfaire à une proposition judiciaire portant sur des options complexes, il est fort possible que ce qui sera abandonné, ce sera une source d'inspiration mieux sentie, qui puise à la méthode empirique, aux expériences comparatives et aux estimations fondées sur la connaissance des faits. Il pourrait en résulter alors un texte législatif peu réaliste ou moins efficace, dans lequel les prétendus avantages de cette version d'un dialogue constitutionnel deviendront suspects.

3.1 Peut-on donner une importance excessive à l'évaluation du risque ?

On pourrait soutenir que le texte législatif révisé du Parlement visant à restreindre la publicité sur le tabac est un exemple où le législateur, le pouvoir exécutif et/ou ses conseillers juridiques ont été à l'excès influencés par une répugnance à l'égard des risques posés par la *Charte*.

La publicité sur le tabac ne constitue pas une valeur sociale ou politique contraignante, et elle n'est guère le genre de circonstances que l'on imagine devoir être protégées par une charte des droits.[6]

Le Parlement a fait sienne la proposition de la Cour sur la manière de formuler le futur projet de loi, même si cette proposition avait peu de rapport avec la fonction judiciaire. On a préféré suivre cette approche plutôt que de défier ouvertement la décision judiciaire en édictant des mesures plus globales qui, si elles avaient été désavouées par la Cour, auraient peut-être requis un recours controversé à la clause de dérogation.

Un texte législatif différent et de plus grande portée aurait certainement nécessité une documentation détaillée expliquant la raison pour laquelle le législateur n'a pas suivi la démarche proposée par la Cour. Le texte aurait tiré avantage d'un préambule énonçant les raisons du choix des moyens législatifs retenus. Le texte aurait également nécessité une argumentation très minutieuse de la part des avocats du gouvernement, ainsi que la production d'autant de preuves justificatives qu'il aurait été possible pour justifier le choix de moyens législatifs plus globaux. Il n'est pas du tout certain que le gouvernement serait parvenu à défendre sa législation. Pourtant, un revers judiciaire n'aurait pas été inévitable, surtout à la lumière de la nouvelle composition de la Cour, et compte tenu des inquiétudes clairement exprimées par les juges dissidents à propos des risques de voir la Cour substituer son opinion à celle du législateur dans ce genre de questions. Si cette version du nouveau texte avait encore une fois été invalidée, des propositions de mise en application de la clause de dérogation auraient sans doute fait consensus dans l'opinion publique.

4.0 Le dialogue englobe-t-il la clause de dérogation ?

Cet aspect du modèle du dialogue est son élément le plus discutable. Dialogue ne signifie pas consensus. Néanmoins, comme on l'a indiqué précédemment, il n'est pas acquis que le modèle du dialogue sera considéré aussi favorablement si le législateur entreprend d'exprimer son désaccord avec les décisions judiciaires en utilisant la clause de dérogation.

[6] Vu la nature marginale de l'argument fondé sur la liberté d'expression dans l'arrêt *RJR MacDonald*, il est malheureux que les avocats du gouvernement aient acquiescé à cet argument sans soutenir que la publicité sur le tabac est fort éloignée des raisons pour lesquelles la Cour jugeait tellement importante la liberté d'expression, telle qu'elle est discutée dans l'arrêt *Irwin Toy*.

Au cours des douze ou vingt-quatre derniers mois, les critiques formulées par le public et la classe politique à l'égard des décisions judiciaires montrent que l'on hésite moins aujourd'hui à envisager publiquement le recours à la clause de dérogation, surtout après des décisions discutables. Le premier ministre de l'Alberta, M. Ralph Klein, a admis l'éventualité d'un recours à la clause de dérogation en guise de réaction contre les décisions judiciaires portant sur l'orientation sexuelle. Le Parti réformiste a préconisé la mise sur pied d'un comité parlementaire fédéral dont le mandat serait d'examiner toutes les décisions judiciaires négatives. Sa fonction centrale consisterait à recommander ou non l'utilisation de la clause de dérogation. Cet empressement des chefs politiques à parler franchement et publiquement de la possibilité de réagir aux décisions judiciaires au moyen de la clause de dérogation montre qu'il est beaucoup trop tôt pour conclure que le recours à la clause de dérogation dans la vie politique canadienne est en passe de tomber en désuétude.

Pour ce qui est de donner des avis concernant la *Charte*, ce regain de discussion politique à propos de la clause de dérogation soulève les questions suivantes : les avocats du gouvernement devraient-ils évoquer la clause de dérogation dans leur évaluation de lignes de conduite sur le plan du risque ? Et, dans l'affirmative, devraient-ils élaborer des lignes directrices précisant les circonstances dans lesquelles son éventuelle utilisation devrait faire partie des avis formulés à propos de la *Charte* ?

Pour l'heure, les divers gouvernements ne montrent pas la même hésitation ni le même empressement à discuter de la clause de dérogation dans le contexte d'évaluations du risque. Les avocats du ministère fédéral de la Justice hésitent particulièrement à évoquer la clause de dérogation, qu'ils considèrent surtout comme une question politique. Cependant, certains de leurs homologues provinciaux considèrent la clause comme partie de l'éventail des options constitutionnelles et donc comme un aspect qu'ils sont disposés à discuter avec leurs clients.

Un autre aspect à étudier concerne la question de savoir si les ministères de la Justice ou les procureurs généraux devraient s'employer à faciliter le débat public se rapportant à la clause de dérogation. Un tel débat pourrait devenir particulièrement important si un gouvernement envisageait sérieusement de recourir à la clause. À un certain point de l'évolution politique de la *Charte*, il vaudra la peine d'encourager une compréhension publique et politique plus raisonnée de la clause de dérogation que celle qui apparaît dans les deux vues opposées existant aujourd'hui : i) la vue selon laquelle la clause de dérogation est fondamentalement contre-indiquée, ou subsidiairement ii) la vue selon laquelle c'est un instrument démocratique auquel le législateur ne devrait pas hésiter à recourir chaque fois qu'il est en désaccord avec une décision des tribunaux.

5.0 Le recours aux analyses se rapportant à la *Charte* et faites au nom du gouvernement est-il suffisant ? Problèmes posés par le manque de transparence

> *Un important premier élément de tout éventuel dialogue entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est l'analyse se rapportant à la Charte et entreprise au nom du gouvernement*

Un important premier élément de tout éventuel dialogue entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire est l'analyse se rapportant à la *Charte* et entreprise au nom du gouvernement. La pratique consistant pour le pouvoir exécutif à examiner la *Charte*, aux deux niveaux de gouvernement, est importante pour une administration responsable, si l'on veut être sûr que le gouvernement adopte des textes législatifs qu'il considère légitimes sur le plan constitutionnel. Pour les fonctionnaires des ministères et organismes, et pour les ministres qui portent l'ultime responsabilité, l'examen d'un texte législatif au regard de la *Charte* permet d'obtenir les avis nécessaires à propos de telle ou telle difficulté juridique que l'on peut anticiper. Il permet également aux ministres de revoir les objectifs décisionnels, d'évaluer d'autres moyens et en dernière analyse de prendre des décisions plus responsables quant à savoir s'il convient de recommander que le projet de loi soit déposé.

Ce recours à un examen effectué par le pouvoir exécutif, si précieux qu'il puisse être pour le processus politique et si important qu'il puisse être du point de vue du gouvernement, est néanmoins en butte aux critiques que suscite son manque de transparence. Plus précisément, il peut être suspecté de fragilité, pour ce qui est du degré de rigueur avec lequel ont été examinées les préoccupations suscitées par la *Charte*, et il peut être mis en doute sur le plan de la responsabilité politique.

Une difficulté à laquelle se heurtent à la fois les tribunaux et le législateur lorsqu'ils se demandent si une loi ou un projet de loi est ou non déraisonnable est que, au-delà du Cabinet et des ministères concernés, on sait peu de choses à propos du rôle joué par les avocats des gouvernements fédéral et provinciaux, à propos de la nature de leurs conseils ou à propos de l'effet de leurs conseils sur les mesures législatives retenues. Par conséquent, ni les tribunaux ni le Parlement ni le public n'ont connaissance des hypothèses ou considérations se rapportant à la *Charte* qui ont influé sur les décisions politiques.

Des parlementaires ont élevé des objections contre l'absence d'une information pouvant valider des choix législatifs qui sont en conflit avec des droits fondamentaux, information qui dirait pourquoi un texte qui restreint des droits fondamentaux est justifié ou si ce texte a été conçu d'une manière qui puisse se défendre. Souvent les comités parlementaires qui étudient les projets de loi ont demandé, en vain, l'accès

aux rapports et évaluations effectués pour le gouvernement, qui expliquaient les questions soulevées au regard de la *Charte*, et ont cherché à savoir si ces rapports et évaluations avaient infléchi les textes législatifs proposés et en quoi ils les avaient infléchis. Ces comités ont exprimé l'avis que cette absence d'information compromet leur aptitude à s'acquitter de leur obligation parlementaire d'évaluer les conséquences juridiques et constitutionnelles des projets de loi.

Les juges sont placés dans une position particulièrement difficile. Souvent, les données nécessaires pour justifier une mesure législative sont inexistantes. Les juges doivent alors compter énormément sur les garanties de légitimité ou de justification que le gouvernement a pu leur donner par l'entremise de ses avocats spécialistes de la *Charte*. Souvent, le ministère de la Justice ou le procureur général s'efforce consciemment d'établir un dossier public au moment de l'examen d'un projet de loi, dossier auquel il sera possible plus tard de se référer si la loi est contestée. Cependant, cette méthode ne peut valablement se substituer à un débat parlementaire transparent qui montre comment les questions découlant de la *Charte* ont été véritablement résolues et sous quel aspect les termes et motivations du texte législatif ont été débattus explicitement dans le contexte de la *Charte*.

La Cour suprême a parfois été indisposée par l'inexistence de l'information qui lui aurait permis d'évaluer la justification et la légitimité d'un texte législatif. Un incident révélateur des conséquences de ce malaise des juges est l'arrêt *RJR MacDonald*. Les juges de la majorité ont critiqué le recours, dans la loi, à l'interdiction de toute forme de publicité et de promotion, surtout compte tenu du fait que le gouvernement n'avait déposé aucune preuve sur l'utilité de mesures moins radicales, bien qu'il eût connaissance d'études topiques. La non-production, par le gouvernement, d'une preuve propre à justifier une interdiction de la publicité a conduit les juges de la majorité à conjecturer « que les résultats de ces études font échec à la prétention du gouvernement qu'une interdiction moins attentatoire n'aurait pas donné lieu à un résultat tout aussi valable ».[7]

Si le législateur recevait un sommaire de l'évaluation du risque qui est entreprise pour le gouvernement, un grand pas serait alors fait dans la prise en considération des préoccupations du pouvoir législatif comme du pouvoir judiciaire. Les gouvernements ne souhaitent sans doute pas partager des renseignements confidentiels, mais il n'y a guère de raison de refuser au législateur les renseignements de base qui intéressent des aspects de la *Charte*, par exemple : Quel est le problème ou la question sociale que la loi est censée résoudre, et pourquoi d'autres mesures, moins restrictives, n'ont-elles pas été employées ? On ferait ainsi porter l'attention du législateur sur les dimensions de la politique qui intéressent la *Charte* et l'on faciliterait un débat plus transparent et plus généralisé sur la justification de la loi, au regard de la *Charte*, débat qui sera une importante source d'information pour les juges lorsqu'ils examineront la loi.

[7] RJR MacDonald Inc. c. Canada, [1995] 3 R.C.S. 199, p. 344-345.

5.1 Modifications apportées à la *common law* : Un autre lieu pour le dialogue

Le modèle de dialogue constitué par la *Charte* se focalise sur les lois comme lieu principal du dialogue. Cependant, un autre lieu important de dialogue est la *common law*; plus exactement les changements qui sont apportés aux règles de *common law* par l'effet de la *Charte* et qui ont d'importantes conséquences sur le plan des principes. Les arrêts *R.* c *Daviault* et *R.* c. *Feeney* en sont de bons exemples.

Les changements apportés aux principes de *common law* posent d'intéressantes questions pour la relation entre les tribunaux et le législateur. La Cour a déclaré que, en tant que gardiens de la *common law*, les tribunaux n'ont pas à faire preuve de retenue à l'égard du législateur. Les tribunaux modifient simplement le droit jurisprudentiel; l'idée est que, puisque le législateur ne s'est pas exprimé en codifiant les règles de *common law*, alors les tribunaux n'empiètent pas sur la volonté du législateur.

Mais cette affirmation soulève d'importantes questions pour le modèle du dialogue entre le législateur et les tribunaux. Le Parlement n'est pas une partie désintéressée dans les changements apportés aux règles de *common law*. Si le Parlement n'a pas donné un fondement législatif à une règle de *common law*, c'est peut-être précisément parce qu'il appuie les postulats et les valeurs qui sous-tendent cette règle. Ainsi, l'inaction du législateur ne traduit pas un manque d'intérêt ou de préoccupation quant au statut des règles en question. D'ailleurs, la Cour a mentionné que, lorsque les juges modifient une règle de *common law*, ils n'ont pas à se demander si l'ancienne règle de *common law* est raisonnable selon l'article 1. Vu les importantes conséquences pouvant résulter des changements apportés à une règle de *common law*, le gouvernement a peut-être des arguments qui intéressent ces deux questions : l'ancienne règle contrevient-elle à la *Charte* ? L'ancienne règle est-elle ou non raisonnable ?

> *Cette absence d'intervention gouvernementale à ce stade du dialogue peut être embarrassante. Elle signifie que le volet politique du dialogue ne peut se produire qu'après le fait, et à ce moment-là la décision judiciaire a déjà pu avoir un effet notable sur la politique juridique.*

Cependant, puisque la Cour suprême n'a pas l'obligation de notifier aux procureurs généraux fédéral et provinciaux les changements sur le point d'être apportés aux règles de *common law*, les avocats du gouvernement n'auront peut-être pas la possibilité de développer des arguments au regard de la *Charte* ou de plaider des points se rapportant à l'article 1, d'une manière un tant soit peu approfondie ou détaillée. Cette absence d'intervention gouvernementale à ce stade du dialogue peut être embarrassante. Elle signifie que le volet politique du dialogue ne peut se produire

qu'après le fait, et à ce moment-là la décision judiciaire a déjà pu avoir un effet notable sur la politique juridique. Jusqu'à ce que la Cour suprême examine la réponse donnée par le Parlement, il peut s'écouler une longue période d'incertitude quant à la validité constitutionnelle de la nouvelle loi adoptée par le Parlement, surtout lorsque cette loi ne correspond pas à l'approche adoptée par la Cour, comme ce fut le cas avec le *Projet de loi C-72* (réponse à l'arrêt *Daviault*).

Le résultat de cette absence de possibilité d'infléchir les changements apportés par les tribunaux aux règles de *common law* s'est manifesté dans les arrêts *Daviault* et *Feeney*. Le procureur général fédéral n'est intervenu dans ni l'un ni l'autre de ces procès. Or, les deux arrêts furent considérés comme générateurs de règles qui appelaient une réponse rapide du législateur. L'arrêt *Feeney* a pris le gouvernement fédéral par surprise. Le ministère de la Justice ne s'était pas attendu à ce que la Cour juge les règles existantes inconstitutionnelles ou interprète le *Code criminel* de manière à y voir une obligation pour la police d'obtenir un mandat avant d'entrer dans une habitation privée. L'arrêt donne à entendre que la police doit obtenir un mandat d'arrêt avant de pénétrer dans une habitation privée, et à ce titre il présentait des difficultés particulières pour les provinces où un Procureur de la Couronne devait approuver les accusations. La nouvelle règle Feeney aurait pour effet de retarder notablement le droit de la police d'entrer dans des habitations privées.

La date de l'arrêt *Feeney* a ajouté à la difficulté de réagir à cette décision, étant donné qu'il a été rendu à un moment où le Parlement était dissous en vue d'élections fédérales. La Cour accordait une période transitoire de six mois. Néanmoins, la réponse du Parlement fédéral fut extrêmement rapide. Après des consultations avec les gouvernements provinciaux et territoriaux et avec d'autres partenaires sociaux, il restait peu de temps pour un débat parlementaire. Les deux comités parlementaires chargés d'étudier le projet de loi ont montré une extrême frustration devant les possibilités et ressources restreintes mises à leur disposition pour l'examen du texte. Les parlementaires ont également déploré l'impossibilité pour le Parlement de se persuader que le projet de loi était conforme à la *Charte*.

Il est difficile dans ces conditions de prendre au sérieux l'affirmation selon laquelle le rôle du législateur dans cette politique atteste un dialogue valable.

De cette frustration est sortie une recommandation préconisant que le gouvernement travaille avec la Cour à établir un protocole prévoyant qu'à l'avenir la Cour informera les procureurs généraux compétents lorsque d'importants changements seront sur le point d'être apportés aux règles de *common law*. On a aussi proposé que le Parlement envisage une méthode permettant de suspendre temporairement l'application d'une décision de la Cour, et cela peut-être au moyen d'une application temporaire et à court terme de la clause de dérogation, jusqu'à ce que le Parlement ait eu une occasion suffisante de réfléchir à un projet de loi, puis de l'adopter. Du point de vue du législateur, lorsque le législateur n'a que quelques jours pour étudier un aspect aussi complexe, non seulement son rôle risque d'être amoindri, mais encore les

préoccupations au regard de la *Charte* pourraient ne pas être examinées comme elles le devraient et des difficultés pourraient découler de conséquences non étudiées ou non prévues.

6.0 Conclusion : Proposition pour améliorer la contribution du législateur au dialogue

> *Si le législateur doit être considéré comme un réel partenaire dans le dialogue constitutionnel, il est nécessaire qu'il rende davantage compte des instruments législatifs qui limitent des droits fondamentaux et de rendre son raisonnement plus transparent.*

La contribution du législateur au dialogue serait renforcée s'il voyait son rôle de manière plus consciente et s'il était traité par le pouvoir exécutif comme un partenaire déterminant du dialogue. Voici une recommandation qui figurera dans mon futur livre et qui approfondira davantage ce débat à propos du dialogue.

Si le législateur doit être considéré comme un réel partenaire dans le dialogue constitutionnel, il est nécessaire qu'il rende davantage compte des instruments législatifs qui limitent des droits fondamentaux et de rendre son raisonnement plus transparent. Un compte rendu transparent des débats parlementaires, dans lequel les choix législatifs sont justifiés expressément sous l'angle de la *Charte*, offrira aux avocats du gouvernement un dossier beaucoup plus riche auquel puiser lorsqu'ils devront défendre la validité de la loi. De plus, d'un débat parlementaire plus approfondi sortiront des lois plus raisonnables. Si le débat parlementaire relatif à la *Charte* est plus conscient et plus transparent, la légitimité des textes législatifs deviendra également plus évidente. Pour ces deux raisons, les tribunaux seront moins portés à invalider des lois. Cependant, si le Parlement est apparemment désinvolte à propos des obligations énoncées dans la *Charte*, les tribunaux seront peu enclins à déférer à ses intentions législatives. Cette impression d'indifférence pourra être ressentie même si dans les coulisses une importante analyse est effectuée au regard de la *Charte*, parce que cette analyse échappera aux parlementaires, au public et aux juges.

Du point de vue de la *Charte*, il existe trois façons possibles de renforcer la qualité du rôle de surveillance exercé par le législateur. La première est que, lorsqu'un projet de loi est déposé, le ministre de la Justice s'exprime devant le Parlement sur les aspects du projet de loi qui intéressent la *Charte*, et qu'il explique la motivation, le bien-fondé et les effets de telle ou telle proposition législative. La deuxième est que les avocats du

gouvernement ou le ministre de la Justice/procureur général produisent à l'intention du Parlement et du public un document qui s'inspirerait du genre d'évaluation du risque effectuée au nom du gouvernement. Ce document pourrait être distribué aux comités compétents qui étudient la question ou, si cela ne convient pas, durant les discours de la seconde lecture. La troisième est d'établir un comité parlementaire axé sur la *Charte*, dont le mandat serait d'étudier les projets de loi que le gouvernement désignerait en tant que textes soulevant de sérieuses questions au regard de la *Charte*. Cette idée est empruntée en grande partie à l'Australie.[8] L'objet d'un comité parlementaire axé sur la *Charte* serait d'orienter le débat parlementaire sur la question de savoir si l'objectif législatif est justifié, vu la gravité de l'empiètement sur les droits et vu l'importance de l'objectif recherché et, en cas de justification de l'objectif législatif, sur la question de savoir si cet objectif est poursuivi d'une manière qui respecte les droits autant que cela est raisonnablement et concrètement possible.

[8] Pour une analyse plus approfondie de cet aspect, voir Janet L. Hiebert, « A Hybrid-Approach to Protect Rights? An Argument in Favour of Supplementing Canadian Judicial Review with Australia's Model of Parliamentary Scrutiny », (1998), 26(1), *Federal Law Review*, p. 115-138.